

13.xxx

Message

relatif à la convention (n° 189) de l'Organisation internationale du Travail concernant le travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques, 2011

et

Rapports

**sur la recommandation (n° 201) de l'Organisation internationale du Travail concernant le travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques, 2011 et
sur la recommandation (n° 202) concernant les socles nationaux de protection sociale, 2012**

du ...

Madame la Présidente,
Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Par le présent message, nous vous soumettons le projet d'un arrêté fédéral portant approbation de la convention n° 189 de l'Organisation internationale du Travail concernant le travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques, en vous proposant de l'adopter.

Nous vous soumettons également, pour information, les rapports sur la recommandation n° 201, qui complète la convention précitée, et le rapport sur la recommandation n° 202 concernant les socles nationaux de protection sociale.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Présidente, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

...

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Ueli Maurer
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

Condensé

La promotion de l'emploi décent pour toutes les catégories de travailleuses et de travailleurs fait partie intégrante du mandat constitutionnel de l'Organisation internationale du Travail (OIT), et elle constitue un des moyens essentiels pour réaliser l'objectif du Millénaire de lutte contre la pauvreté.

La Conférence internationale du Travail a adopté lors de sa 100^e session, en 2011, la convention n° 189 sur les travailleuses et travailleurs domestiques et la recommandation qui la complète.

La convention et la recommandation établissent que les travailleurs domestiques ont droit, comme les autres travailleurs, au respect de leurs droits fondamentaux au travail ainsi qu'à une protection et à une couverture sociale minimales. Les travailleurs domestiques doivent bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux autres travailleurs. Ces deux normes contiennent des dispositions relatives aux conditions de vie et de travail (temps de travail, rémunération, et sécurité et santé au travail), domaines dans lesquels l'exclusion des travailleurs domestiques est la plus flagrante et explique en grande partie la vulnérabilité de ces travailleurs sur les plans social et économique. La convention et la recommandation reconnaissent que les agences d'emploi privées peuvent favoriser la création d'emplois décents dans le secteur du travail domestique, notamment pour protéger des travailleurs contre les pratiques abusives. Les travailleurs domestiques étant dans leur grande majorité des femmes issues de milieux défavorisés, surreprésentées parmi les travailleurs à bas salaire, les nouvelles normes marquent une étape importante vers l'égalité entre hommes et femmes dans le monde du travail et la réduction des inégalités de revenus. Les nouvelles normes reconnaissent que certaines catégories de travailleurs domestiques, comme les migrants, les jeunes et ceux qui résident au domicile de leur employeur, ont des besoins particuliers et sont exposés à des risques qui exigent des mesures spécifiques. Tenant compte de la diversité des situations et possibilités socio-économiques des Etats Membres, la convention autorise une certaine souplesse dans son application. La recommandation contient des orientations concrètes pour la conception et l'application de mesures efficaces visant à promouvoir le travail décent pour les travailleurs domestiques. Les deux instruments insistent sur le fait que le dialogue social est la clé du processus de leur mise en œuvre.

La politique constante de ratification des normes de l'OIT permet à la Suisse de ratifier une convention de l'OIT s'il n'existe pas de divergences fondamentales entre la convention et notre ordre juridique. Cette pratique du Conseil fédéral vaut en principe pour toutes les conventions internationales : des divergences mineures ne doivent pas empêcher une ratification. De plus, une convention qui n'est pas entièrement conforme au droit interne peut être ratifiée si son examen montre que les lacunes existantes peuvent être comblées soit par les dispositions du traité directement applicables, soit par l'adoption de mesures législatives.

La Suisse est en mesure de ratifier la convention n° 189. Tout d'abord, le droit positif suisse offre un niveau de protection élevé et efficace des travailleurs domestiques en comparaison internationale. De plus, la ratification de la convention n° 189 n'exige l'adoption ou la modification d'aucune loi ou ordonnance. La convention autorise une certaine souplesse dans son application. Enfin, le Conseil fédéral se déclare favorable à cette nouvelle norme, qui reconnaît que certaines catégories de travailleurs domestiques sont exposés à des risques qui exigent des mesures spécifiques. C'est pourquoi la ratification de la convention répond également à une exigence de solidarité internationale.

Vu ce qui précède, nous vous proposons de ratifier la convention n° 189.

La recommandation n° 201 et la recommandation n° 202 vous sont soumises pour information.

Les projets de message et de rapport sur la convention n° 189 et la recommandation n° 201 ont fait l'objet d'une consultation technique des autorités cantonales. Les 21 cantons qui se sont exprimés dans le cadre de cette consultation se sont tous déclarés en faveur de la ratification de la convention.

Les présents message et rapports ont été soumis à la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT, commission extraparlamentaire consultative qui regroupe des représentants de l'administration fédérale et des partenaires sociaux suisses. La Commission en a pris acte. Les membres travailleurs de la Commission soutiennent la ratification de la convention n° 189. Les membres employeurs y sont opposés.

Table des matières

Condensé	2
1 Présentation de la convention	5
1.1 Aperçu et genèse de la convention	5
1.2 Etat de la situation	5
2 Commentaire de la convention	5
2.1 Aperçu	5
2.2 Commentaire des dispositions	29
2.3 Conclusions	29
3 Conséquences	29
4 Relation avec le programme de la législature	29
5 Aspects juridiques	30
Rapports sur la recommandation (n° 201) de l'Organisation internationale du Travail concernant le travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques, 2011 et sur la recommandation (n° 202) concernant les socles nationaux de protection sociale, 2012	31
Arrêté fédéral portant approbation de la convention n° 189 de l'Organisation internationale du Travail concernant le travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques (<i>Projet</i>)	35
Annexes:	
1 Convention n° 189 concernant le travail décent des travailleuses et travailleurs domestiques, 2011	37
2 Recommandation n° 201 concernant le travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques, 2011	47
3 Recommandation n° 202 concernant les socles de protection sociales, 2012	57

Message

1 Présentation de la convention

1.1 Aperçu et genèse de la convention

La promotion de l'emploi décent pour toutes les catégories de travailleuses et de travailleurs fait partie intégrante du mandat constitutionnel de l'Organisation internationale du Travail (OIT), et elle constitue un des moyens essentiels pour réaliser l'objectif du Millénaire de lutte contre la pauvreté.

La Conférence internationale du Travail (CIT) a adopté, avec le soutien de la Suisse la convention n° 189 sur les travailleuses et travailleurs domestiques (ci-après: convention n° 189) et la recommandation n° 201 qui la complète lors de sa 100^e session, en 2011. Conformément à l'art. 19, al. 5 et 6, de la constitution de l'OIT¹, les Etats membres de l'OIT se sont engagés à soumettre rapidement pour approbation aux autorités internes compétentes les conventions et les recommandations adoptées lors des sessions de la CIT.

La Suisse a participé activement au processus d'élaboration de ces normes au cours duquel les services compétents de l'administration fédérale ont assuré la collaboration avec les cantons dans la mesure où la réglementation du travail domestique ressortit également à leur compétence.

1.2 Etat de la situation

Selon l'art. 21, al. 2, de la convention n° 189, celle-ci entre en vigueur douze mois après que les ratifications de deux Membres ont été enregistrées par le Directeur général de l'OIT. Au moment de l'adoption du présent message, huit pays ont ratifié la convention n° 189². La convention n° 189 entrera en vigueur le 5 septembre 2013.

2 Commentaire des dispositions de la convention

2.1 Aperçu

La convention (voir annexe 1) établit que les travailleurs domestiques ont droit, comme les autres travailleurs, au respect de leurs droits fondamentaux au travail ainsi qu'à une protection et à une couverture sociale minimales. Les travailleurs domestiques doivent bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui accordé aux autres travailleurs. La convention contient des dispositions relatives aux conditions de vie et de travail, depuis le temps de travail et la rémunération jusqu'à la sécurité et la santé au travail, domaines dans lesquels l'exclusion des travailleurs domestiques du champ de la législation nationale, ou leur insertion à des conditions

¹ RS 0.820.1

² Uruguay (14.06.2012); Philippines (05.09.2012); Maurice (13.09.2012); Nicaragua (10.01.2013); Italie (22.01.2013); Bolivie (15.04.2013); Paraguay (07.05.2013); Afrique du Sud (20.06.2013).

désavantageuses pour eux, est la plus flagrante et explique en grande partie la vulnérabilité de ces travailleurs sur les plans social et économique.

La convention reconnaît que les agences d'emploi privées peuvent favoriser la création d'emplois décents dans le secteur du travail domestique et que cela aussi suppose des cadres juridiques appropriés, notamment pour protéger les travailleurs contre les pratiques abusives.

Les travailleurs domestiques étant dans leur grande majorité des femmes issues de milieux défavorisés, surreprésentées parmi les travailleurs à bas salaire, les nouvelles normes marquent une étape importante vers l'égalité entre hommes et femmes dans le monde du travail et la réduction des inégalités de revenus.

La convention reconnaît que certaines catégories de travailleurs domestiques, comme les migrants, les jeunes et ceux qui résident au domicile de leur employeur, ont des besoins de protection particuliers et sont exposés à des risques qui exigent des mesures spécifiques. Tenant compte de la diversité des situations et des possibilités socio-économiques des Etats Membres, la convention autorise une certaine souplesse dans son application. La convention insiste sur le fait que le dialogue social est la clé de sa mise en œuvre.

La convention n° 189 est un traité international soumis à ratification: tout Etat membre de l'OIT qui ratifie une convention de l'OIT s'engage à la respecter et à la mettre en œuvre conformément aux obligations ainsi acceptées. La convention n° 189 contient 27 articles au total, dont 19 constituent des dispositions matérielles. Les articles 20 à 27 sont des dispositions finales usuelles à toutes les conventions de l'OIT et n'appellent pas de commentaires particuliers.

Pour examiner le contenu de la convention n° 189, il faut se référer d'abord aux obligations internationales adoptées par la Suisse.

Le préambule de la convention précise que parmi les instruments de l'OIT, les conventions suivantes sont particulièrement pertinentes pour les travailleurs domestiques: la convention n° 97 sur les travailleurs migrants (révisée), 1949³, la convention n° 143 sur les travailleurs migrants (dispositions complémentaires), 1975⁴, la convention n° 156 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales, 1981⁵, la convention n° 181 sur les agences d'emploi privées, 1997⁶. Aucune de ces conventions n'a été ratifiée par la Suisse. Parmi d'autres instruments de l'OIT, non soumis à ratification, le préambule précise que la recommandation n° 198 sur la relation de travail, 2006⁷, est particulièrement pertinente pour les travailleurs domestiques tout comme l'est le Cadre multilatéral de l'OIT pour les migrations de main-d'œuvre: Principes et lignes directrices non contraignants pour une approche des migrations de main-d'œuvre fondée sur les droits (2006). Le préambule rappelle que d'autres instruments internationaux sont pertinents: la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁸, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁹, la Convention interna-

3 FF 1950 II 857
4 FF 1976 III 429
5 FF 1983 I 25
6 FF 2000 I 292
7 FF 2008 5053
8 RS 0.103.2
9 RS 0.103.1

tionale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale¹⁰, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes¹¹, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée¹², et notamment son Protocole additionnel visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants¹³, ainsi que son Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer¹⁴, la Convention relative aux droits de l'enfant¹⁵ et la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

Parmi ces instruments, un seul n'a pas été ratifié par la Suisse: la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

Il faut ensuite examiner la convention à la lumière des textes législatifs et réglementaires suisses pertinents, notamment: le code des obligations (CO)¹⁶; le code pénal suisse (CP)¹⁷, le code de procédure civile (CPC)¹⁸, la loi sur le travail (LTr)¹⁹ et ses ordonnances; la loi sur le travail à domicile (LTrD)²⁰; la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE)²¹; la loi fédérale sur les travailleurs détachés²²; la loi fédérale sur le travail au noir (LTN)²³; la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)²⁴; l'ordonnance sur le contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique (CTT économie domestique)²⁵; les contrats types cantonaux; la loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordées par la Suisse en tant qu'Etat hôte (loi sur l'Etat hôte, LEH)²⁶; l'ordonnance sur les conditions d'entrée, de séjour et de travail des domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités (ODPr)²⁷; la loi fédérale sur l'assurance-chômage (LACI)²⁸; la loi fédérale sur la formation professionnelle (LFPr)²⁹; l'ordonnance sur la formation professionnelle (OFPr)³⁰; la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)³¹; le règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS)³², la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI)³³; la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle

- 10 RS 0.104
- 11 RS 0.108
- 12 RS 0.311.54
- 13 RS 0.311.542
- 14 RS 0.311.541
- 15 RS 0.107
- 16 RS 220
- 17 RS 311.0
- 18 RS 272
- 19 RS 822.11
- 20 RS 822.31
- 21 RS 823.11
- 22 RS 823.20
- 23 RS 822.41
- 24 RS 151.1
- 25 RS 221.215.329.4
- 26 RS 192.12
- 27 RS 192.126
- 28 RS 837.0
- 29 RS 412.10
- 30 RS 412.101
- 31 RS 831.10
- 32 RS 831.101
- 33 RS 831.2

vieillesse, survivants et invalidité (LPP)³⁴; la loi fédérale sur les allocations familiales (LAFam)³⁵; la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)³⁶; la loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA)³⁷; l'ordonnance sur l'assurance-accidents (OLAA)³⁸; l'ordonnance sur la prévention des accidents (OPA)³⁹; la loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité (LAPG)⁴⁰; la loi fédérale sur les étrangers (LEtr)⁴¹.

En Suisse, les travailleurs domestiques bénéficient de la protection étendue des art. 319 ss. CO au même titre que tous les autres travailleurs. Ils fournissent leurs prestations dans le cadre d'un contrat de travail au sens des art. 319 ss. CO. La situation du travail domestique a évolué, dans notre pays, suite à l'action menée par les syndicats pour obtenir le tout premier contrat-type de travail (CTT) ayant cours dans toute la Suisse. Il s'agit de l'unique CTT applicable au niveau national puisque les autres n'ont qu'un champ d'application régional, plus précisément cantonal. Ces négociations se sont révélées difficiles en raison de l'absence en Suisse de partenaire de négociation organisé du côté des employeurs avec lequel s'accorder sur des salaires minimaux impératifs. Il faut cependant préciser qu'un contrat de travail est nécessaire pour que le CTT puisse s'appliquer et pour que la protection qui découle des art. 319 ss. CO soit assurée

Fin 2007, les milieux syndicaux ont demandé au Conseil fédéral de faire usage des possibilités légales créées dans le cadre des mesures d'accompagnement pour la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE et ainsi d'appliquer à cette catégorie de travailleurs un CTT prévoyant des salaires minimaux impératifs et des conditions de travail contraignantes. Parallèlement, les milieux syndicaux ont attiré l'attention du public sur les conditions de travail précaires des travailleurs domestiques. Le Conseil fédéral a chargé un groupe d'experts de définir les paramètres d'un CTT assorti de salaires minimaux impératifs. Ont pris part aux travaux de ce groupe de travail les représentants des autorités cantonales et nationales, des organisations d'employeurs et des organisations actives dans les secteurs concernés (nettoyage et accueil) ainsi que les représentants des syndicats. Le groupe d'experts a proposé à la mi-2009 un projet de CTT qui prenait en considération un grand nombre d'éléments et d'exigences, parmi lesquels la fixation de salaires minimaux reflétant la diversité et le caractère physiquement très exigeant des tâches confiées aux travailleurs domestiques privés.

Ce CTT est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, pour une durée de validité qui s'étend jusqu'au 31 décembre 2013. Les salaires minimaux impératifs sont les suivants: 18 fr. 20 par heure pour les travailleurs non qualifiés; 20 francs par heure pour les travailleurs non qualifiés ayant quatre ans d'expérience professionnelle ou pour les travailleurs ayant deux années de formation; 22 francs par heure pour les travailleurs ayant trois années de formation. Si ces salaires sont inférieurs à ce qu'avait demandé le groupe d'experts, ils envoient un message essentiel aux travailleurs domestiques employés en Suisse. Ainsi, les salaires minimaux des travailleurs

34 RS 831.40

35 RS 836.2

36 RS 832.10

37 RS 832.20

38 RS 832.202

39 RS 832.30

40 RS 834.1

41 RS 142.20

domestiques dépourvus de formation correspond à environ 55 % du salaire brut moyen. Ces salaires tiennent compte des nombreuses tâches accomplies par les travailleurs domestiques qui, par exemple, doivent souvent s'occuper des enfants et des personnes âgées. Pour que puissent s'appliquer ces salaires horaires minimum, l'employé domestique doit travailler en moyenne au moins cinq heures par semaine pour le même employeur. La raison principale de cette modalité est que les aides ménagères qui s'occupent de plusieurs ménages sur une base exclusivement horaire gagnent en fait beaucoup plus (généralement 25 francs ou plus) et sont dès lors à peine touchées par le dumping salarial.

Enfin, une législation particulière a été mise en place dans notre pays en 2011 pour la catégorie spécifique de travailleurs domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités (ODPr⁴²). Cette catégorie de travailleurs peu familiarisés avec l'ordre juridique suisse est soumise à une législation spécifique qui règle tant les conditions de séjour ou d'admission que de travail. L'ODPr assure une plus grande transparence et clarifie les règles applicables grâce à une réglementation détaillée (contrat de travail, salaire, assurances, frais médicaux, etc.). Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2011, elle remplace, pour cette catégorie spécifique de travailleurs, les CTT cantonaux ou fédéraux relatifs aux travailleurs de l'économie domestique (art. 1 ODPr).

2.2 Commentaire des dispositions

Art. 1

L'*art. 1* contient les définitions des termes utilisés. Le «travail domestique» est défini comme le travail effectué au sein de ou pour un ou plusieurs ménages; l'expression «travailleur domestique» désigne toute personne exécutant un travail domestique dans le cadre d'une relation de travail. La convention précise enfin qu'une personne qui effectue un travail domestique seulement de manière occasionnelle ou sporadique sans en faire sa profession n'est pas un travailleur domestique.

En Suisse, le travail domestique fait l'objet d'un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO. Les définitions du travail et du travailleur domestique se trouvent dans le CTT économie domestique. L'art. 2, al. 1, CTT économie domestique précise ce qu'on entend par travail domestique: il s'agit des rapports de travail entre d'une part, les travailleurs qui effectuent des activités domestiques dans un ménage privé, et d'autre part, leurs employeurs. Les activités domestiques sont définies comme étant les travaux d'entretien général du ménage, en particulier les travaux de nettoyage; l'entretien du linge; les commissions; la cuisine; la participation à la prise en charge d'enfants, de personnes âgées et de malades; l'assistance aux personnes âgées et aux malades dans la vie quotidienne (art. 3 CTT économie domestique). Par conséquent, un travailleur domestique est celui qui effectue des activités domestiques dans un ménage privé. Les relations de travail entre époux, partenaires enregistrés, ascendants et descendants en ligne directe, leurs conjoints et partenaires enregistrés ainsi que les concubins sont exclues du CTT économie domestique (art. 2, al. 2). Les personnes suivantes ne sont pas considérées comme des travailleurs

⁴² Ordonnance du 6 juin 2011 sur les conditions d'entrée, de séjour et de travail des domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités (ordonnance sur les domestiques privés, ODPr ; RS 192.126)

domestiques au sens du CTT économie domestique: les travailleurs au pair; les jeunes employés exclusivement pour garder occasionnellement des enfants; les personnes qui prennent en charge des enfants en dehors de la famille (mamans de jour, accueil de midi); les stagiaires; les apprentis; les personnes dont les rapports de travail sont soumis au droit public fédéral, cantonal, communal ou au droit international public; les personnes employées par une organisation de droit public; les travailleurs de l'économie domestique des ménages agricoles; les travailleurs actifs pendant moins de cinq heures par semaine auprès du même employeur; les travailleurs soumis à une convention collective de travail déclarée de force obligatoire (art. 2, al. 3, CTT économie domestique).

La plupart des CTT cantonaux donnent des définitions précises du travail domestique. Ces définitions peuvent être plus étendues que celles du CTT économie domestique.

Le CTT économie domestique ne s'applique pas dans les cantons dans lesquels, lors de son entrée en vigueur, un CTT cantonal selon l'art. 360a CO est applicable dans l'économie domestique, aussi longtemps que ce CTT cantonal est en vigueur.

L'art. 2 ODP^r contient une définition du domestique privé des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités. Il s'agit de la personne qui, d'une part, est employée au service domestique d'une personne bénéficiaire de privilèges, d'immunités, de facilités et autorisée à engager un domestique privé (employeur), et qui, d'autre part, est titulaire d'une carte de légitimation de type F délivrée par le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE). On entend par service domestique toute tâche accomplie par le domestique privé au domicile de l'employeur, telle que les tâches ménagères, la cuisine, le service de table, le blanchissage, la garde des enfants ou les travaux de jardinage. L'art. 1 ODP^r précise que les CTT cantonaux ou fédéraux relatifs aux travailleurs de l'économie domestique ou toute autre disposition cantonale régissant les conditions de travail et de salaire des travailleurs de l'économie domestique ne sont pas applicables aux personnes couvertes par l'ordonnance.

Il y a lieu également de relever que les ménages privés sont exclus du champ d'application de la loi sur le travail⁴³ (art. 2, al. 1, let. g, LTr). Sans définir plus avant la notion de travail domestique, les art. 322, al. 2, et 328a CO font référence à la communauté domestique pour laquelle les parties au contrat de travail sont libres d'opter, en précisant que lorsque le travailleur vit dans le ménage de l'employeur, celui-ci fournit une nourriture suffisante et un logement convenable.

Compte tenu des définitions retenues par le droit et la pratique suisses, il est possible d'accepter l'art. 1 de la convention.

Art. 2

L'art. 2 définit le champ d'application de la convention. La convention s'applique en principe à tous les travailleurs domestiques. Toutefois, la convention contient une clause de souplesse qui permet d'exclure totalement ou partiellement de son champ d'application des catégories de travailleurs qui bénéficient à un autre titre d'une protection au moins équivalente, et des catégories limitées de travailleurs au sujet desquelles se posent des problèmes particuliers d'une importance significative.

⁴³ RS 822.11

Vu l'objet et la portée de l'ODPr, la Suisse n'exclura vraisemblablement pas du champ d'application de la convention les travailleurs domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités. La Suisse pourrait toutefois se prévaloir le cas échéant de cette possibilité d'exclusion pour d'autres catégories limitées de travailleurs domestiques lorsqu'elle remettra son premier rapport sur l'application de la convention. La Suisse peut par conséquent accepter l'art. 2 de la convention.

Art. 3

Aux termes de l'art. 3, par. 1, tout Etat qui ratifie la convention doit prendre des mesures pour assurer la promotion et la protection effectives des droits humains de tous les travailleurs domestiques comme prévu dans la convention. L'expression «comme prévu dans la présente convention» signifie que ce paragraphe seul ne crée aucune obligation dépassant celles prévues par les autres dispositions de la convention.

Comme mentionné plus haut, la Suisse a ratifié toutes les conventions relatives aux droits de l'homme considérées comme pertinentes dans le préambule de cette convention à l'exception de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. Toutes ces conventions consacrent le principe de la non-discrimination, et les droits garantis par ces textes sont applicables, en principe, à toutes les personnes, y compris aux travailleurs domestiques.

Le par. 2 impose de prendre, à l'égard des travailleurs domestiques, les mesures prévues par la convention pour respecter, promouvoir et réaliser les principes et droits fondamentaux au travail. Ces droits recouvrent la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants, l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. Le par. 3 dispose que, pour assurer que les travailleurs domestiques et les employeurs des travailleurs domestiques jouissent de la liberté syndicale et de la reconnaissance effective du droit de négociation collective, les Etats doivent protéger le droit des travailleurs domestiques et des employeurs des travailleurs domestiques de constituer leurs propres organisations, fédérations et confédérations et, à la condition de se conformer aux statuts de ces dernières, de s'affilier aux organisations, fédérations et confédérations de leur choix.

La Suisse a accepté la Déclaration de 1998 de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail⁴⁴. Notre pays a également ratifié les huit conventions fondamentales de l'OIT qui garantissent la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective⁴⁵, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire⁴⁶, l'abolition effective du travail des enfants⁴⁷, l'élimination de

⁴⁴ FF 2000 292

⁴⁵ Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948: FF 1974 I 1577/RS 0.822.719.7; Convention n° 98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective, 1949: FF 1999 I 475/RS 0.822.719.9.

⁴⁶ Convention n° 29 sur le travail forcé, 1930: FF 1939 I 761/RS 0.822.713.9; Convention n° 105 sur l'abolition du travail forcé, 1957: FF 1958 I 571/RS 0.822.720.5.

⁴⁷ Convention n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, 1973: FF 1999 I 475/RS 0.822.723.8; Convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants, 1999: FF 2000 I 292/RS 0.822.728.2.

la discrimination en matière d'emploi et de profession⁴⁸. Ces droits fondamentaux – que l'on retrouve d'ailleurs consacrés dans notre constitution fédérale et à divers titres dans la législation suisse sur le travail et les conventions techniques de l'OIT ratifiées par notre pays – s'appliquent à tous les travailleurs, sans distinction. Leur exercice est notamment assuré à travers la protection de la personnalité et la protection contre les congés motivés par l'exercice d'un droit constitutionnel ou d'une activité syndicale.

Compte tenu des engagements internationaux de la Suisse, de notre législation sur le travail et du processus réalisé pour la négociation du CTT national pour l'économie domestique (voir supra), il n'est pas nécessaire de mettre en place des mesures spécifiques de protection pour les travailleurs domestiques. L'absence d'organisations patronales et syndicales de la branche est compensée, en Suisse, par l'obligation d'édicter des CTT cantonaux (art. 359, al. 2, CO). Même si ces derniers ne sont pas impératifs, ils permettent de combler les vides juridiques lorsqu'aucun contrat de travail n'a été conclu. En ce qui concerne plus particulièrement l'existence d'organisations de travailleurs ou d'employeurs domestiques en Suisse, il existe à ce jour une association reconnue; il s'agit de l'association des employeurs d'employés à domicile du canton de Genève (HERA).

Vu ce qui précède, l'*art. 3* de la convention peut être accepté.

Art. 4

L'*art. 4* impose, en son *par. 1*, de fixer un âge minimum pour les travailleurs domestiques qui doit être compatible avec les dispositions de la convention n° 138 sur l'âge minimum, 1973, et de la convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants, 1999, et ne pas être inférieur à celui qui est prévu par la législation nationale applicable à l'ensemble des travailleurs. Le *par. 2* demande que des mesures soient prises pour veiller à ce que le travail effectué par les travailleurs domestiques d'un âge inférieur à 18 ans et supérieur à l'âge minimum d'admission à l'emploi ne les prive pas de la scolarité obligatoire ni ne compromette leurs chances de poursuivre leurs études ou de suivre une formation professionnelle.

Il a été spécifié que la Suisse a ratifié la convention n° 138 sur l'âge minimum, 1973, et la convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants, 1999. L'âge minimum d'accès à l'emploi applicable en Suisse est fixé à 15 ans révolus selon l'art. 30 LTr. Même si les travailleurs domestiques ne sont pas soumis à la LTr, les dispositions de cette loi relatives à l'âge minimum s'appliquent à cette catégorie de travailleurs en raison de l'art. 2, al. 4, LTr (au sens de l'al. 1, let. g, du même article).

Dans la pratique, la Suisse respecte les exigences de la convention en matière d'âge minimum pour cette catégorie de travailleurs; en effet, la scolarité obligatoire des jeunes gens prend fin en général à 15 ans. L'ODPr fixe, elle, l'âge minimal à 18 ans (art. 9, al. 1, let. a, ODPr). En ce qui concerne les travaux dangereux, l'âge minimum est fixé à 18 ans (art. 29, al. 3, LTr; art. 4 OLT 5). D'une manière générale, les travaux énumérés dans l'ordonnance du DEFR sur les travaux dangereux⁴⁹ (art. 1,

⁴⁸ Convention n° 100 sur l'égalité de rémunération, 1951: FF 1971 II 1541/RS 0.822.720.0; Convention n° 111 concernant la discrimination (emploi et profession), 1958: FF 1960 I 29/RS 0.822.721.1.

⁴⁹ RS 822.115.2

let. a et b) sont interdits aux jeunes travailleurs domestiques. Enfin, en Suisse, à ce jour, la seule formation professionnelle initiale dans le domaine du travail domestique est le CFC de gestionnaire en intendance. Le gestionnaire en intendance exerce des activités d'entretien et de gestion dans un ménage collectif (homes et institutions, établissements hospitaliers ou hôteliers, crèches, exploitations agrotouristiques). Il planifie, exécute ou supervise diverses tâches: entretien des locaux et du linge, préparation des aliments et des boissons, travaux administratifs⁵⁰.

Vu ce qui précède, l'art. 4 de la convention peut être accepté.

Art. 5

Selon l'art. 5, tout Etat qui ratifie la convention n° 189 doit prendre des mesures afin d'assurer que les travailleurs domestiques bénéficient d'une protection effective contre toutes les formes d'abus, de harcèlement et de violence.

En Suisse, il n'existe pas de mesures spécifiques pour la protection effective des travailleurs domestiques contre les abus, le harcèlement et la violence. Cela ne signifie pourtant pas que les travailleurs domestiques ne bénéficient d'aucune protection: en effet, ce sont les règles générales du droit suisse et du droit international qui s'appliquent. L'art. 328, al. 1, CO instaure la protection générale de la personnalité des travailleurs: il dispose que l'employeur protège et respecte, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur; il manifeste les égards voulus pour sa santé et veille au maintien de la moralité. En particulier, il veille à ce que les travailleurs ne soient pas harcelés sexuellement et qu'ils ne soient pas, le cas échéant, désavantagés en raison de tels actes. L'al. 2 de l'art. 328 CO prévoit de plus que l'employeur prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures commandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui. L'art. 328 CO protège aussi tout travailleur contre les actes de mobbing (confrontation, brimades, sévices, agressions).

La protection contre le harcèlement sexuel est également assurée par l'art. 4 de la loi sur l'égalité⁵¹ (LEg) qui spécifie que par comportement discriminatoire, on entend tout comportement importun de caractère sexuel ou tout autre comportement fondé sur l'appartenance sexuelle, qui porte atteinte à la dignité de la personne sur son lieu de travail, en particulier le fait de proférer des menaces, de promettre des avantages, d'imposer des contraintes ou d'exercer des pressions de toute nature sur une personne en vue d'obtenir d'elle des faveurs de nature sexuelle. En cas de harcèlement sexuel, l'employeur peut être condamné au versement d'une indemnité spéciale d'au maximum six mois de salaire moyen suisse s'il ne parvient pas à prouver avoir pris les mesures nécessaires pour prévenir ce comportement et y mettre fin (art. 5, al. 3 et 4, LEg).

En matière pénale, les dispositions sur les menaces et la contrainte sont pertinentes en l'espèce (art. 180 ss. CP), ainsi que celles sur les infractions contre l'intégrité sexuelle (art. 187 ss. CP).

⁵⁰ Voir le site du SEFRI sur la formation professionnelle initiale: www.sbf.admin.ch > Thèmes > Formation professionnelle > Liste des professions

⁵¹ RS 151.1

Enfin, le harcèlement sexuel sur le lieu de travail est interdit par l'art. 11, al. 1, let. c et f, de la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ratifiée par la Suisse.

L'art. 5 de la convention peut donc être accepté.

Art. 6

Selon l'art. 6, des mesures doivent être prises pour assurer que les travailleurs domestiques, comme l'ensemble des travailleurs, jouissent de conditions d'emploi équitables ainsi que de conditions de travail décentes et, lorsqu'ils sont logés au sein du ménage, de conditions de vie décentes qui respectent leur vie privée.

Les travailleurs domestiques bénéficient de la protection des art. 319 ss. CO comme l'ensemble des travailleurs, et l'employeur a notamment l'obligation de protéger la personnalité et la vie privée des travailleurs (art. 328 ss. CO).

Dans le cas où le travailleur vit au sein du ménage (communauté domestique), l'employeur doit fournir une nourriture suffisante et un logement convenable (art. 328a CO). Dans les cas d'empêchement de travailler sans faute du travailleur (maladie, accident, grossesse, accouchement), l'employeur doit accorder les soins et secours médicaux pour une période déterminée (art. 328a, al. 2 et 3, CO). Cet article est de droit relativement impératif (art. 362 CO).

Pour le surplus, les cantons doivent édicter des CTT conformes au droit fédéral, mais le législateur fédéral garde toute compétence de régler les rapports de travail des travailleurs domestiques. Cette compétence inscrite dans la loi sur l'Etat hôte⁵² a mené la Confédération à édicter l'ODPr. Ce texte règlemente les conditions de travail, d'emploi et de vie des travailleurs domestiques privés des personnes bénéficiant de privilèges, d'immunités et de facilités. Ces règles sont établies conformément aux dispositions pertinentes de la convention (art. 29 ss. ODPr). L'ODPr prévoit par exemple les conditions de logement minimales à assurer, soit chez l'employeur, soit à l'extérieur.

Compte tenu des explications ci-dessus, l'art. 6 de la convention peut être accepté.

Art. 7

L'art. 7 demande que des mesures soient prises pour assurer que les travailleurs domestiques sont informés de leurs conditions d'emploi d'une manière appropriée, vérifiable et facilement compréhensible, de préférence, lorsque cela est possible, au moyen d'un contrat écrit conforme à la législation nationale ou aux conventions collectives, notamment en ce qui concerne: le nom et l'adresse de l'employeur et du travailleur; l'adresse du ou des lieux de travail habituels; la date de commencement de l'emploi et, si le contrat est d'une durée déterminée, sa durée; le type de travail à effectuer; la rémunération, son mode de calcul et la périodicité des paiements; la durée normale de travail; le congé annuel payé et les périodes de repos journalier et hebdomadaire; la fourniture de nourriture et d'un logement, le cas échéant; la période d'essai, le cas échéant; les conditions de rapatriement, le cas échéant; les conditions relatives à la cessation de la relation de travail, y compris tout préavis à respecter par l'employeur ou par le travailleur.

⁵² RS 192.12

La phrase introductive de l'*art. 7* contient une disposition flexible quant à la forme de l'information via des clauses de souplesse, telles que «lorsque cela est possible», «de préférence» et «conformément à la législation nationale».

En Suisse, les rapports de travail domestique sont régis par les art. 319 ss. CO et ils sont en général établis par la conclusion d'un contrat de travail avec le travailleur domestique. Le contrat de travail peut être conclu oralement ou par écrit (art. 320 CO). Il est en outre tacitement conclu, si l'employeur accepte sur la durée un travail à son service dont l'accomplissement ne peut, selon les circonstances, être attendu que contre un salaire. Même si aucune forme n'est exigée, il est recommandé de conclure le contrat de travail par écrit, d'une part pour des raisons de clarté, d'autre part parce qu'on ne peut déroger à certaines dispositions du droit du contrat de travail que par une convention écrite.

L'*art. 330b* CO réalise partiellement les exigences de l'*art. 7* puisque l'obligation d'informer de l'employeur vise les points suivants: le nom des parties, la date du début du rapport de travail, la fonction, le salaire, la durée hebdomadaire.

Dans la mesure où l'*art. 7* se réfère à l'information circonstanciée (de manière appropriée, vérifiable et facilement compréhensible) des travailleurs domestiques, il n'est pas nécessaire que l'information sur l'ensemble des conditions d'emploi mentionnées dans l'*art. 7* soit réglée dans le CO ou d'autres dispositions du droit suisse. D'autres moyens d'information peuvent être utilisés s'ils sont facilement compréhensibles. Il existe, sur le plan fédéral et cantonal, des modèles de contrats à disposition des futurs employeurs de travailleurs domestiques. Dans ces modèles de contrats, une réglementation est recommandée notamment pour les points suivants: nom et adresse des parties du contrat; début des rapports de travail; durée des rapports de travail; fonction; temps de travail; vacances; salaire; versement du salaire si le travailleur est empêché de travailler sans qu'il y ait faute de sa part pour des raisons liées à sa personne (notamment en cas de maladie); cessation du contrat de travail. La mention de l'adresse du lieu de travail habituel n'est pas précisée puisqu'en général elle correspond à celle de l'employeur.

Toutes les conditions, à l'exception de l'*art 7, let. j*, sont remplies pour les travailleurs domestiques recrutés dans des États tiers. Pour ce qui est de la procédure d'octroi de l'autorisation, il n'est pas nécessaire que le contrat précise les conditions de retour. Toutefois, la formulation de la convention permet à cet égard une certaine souplesse dans la mesure où elle précise que cette mesure peut être prise le cas échéant (tout comme les *let. h et i de l'art. 7*).

Avec l'ODPr, le Conseil fédéral a édicté des dispositions protectrices spéciales permettant aux travailleurs domestiques privés des personnes bénéficiant de privilèges, d'immunités et de facilités d'être informés de leurs conditions de travail avant d'entrer en Suisse et de prendre leur emploi (art. 10 ODPr). Ainsi, l'ODPr prévoit que les travailleurs domestiques doivent disposer d'un contrat de travail écrit conforme au modèle du DFAE avant leur entrée en Suisse ou avant de débiter leur emploi. Par ailleurs, avant d'entrer en Suisse ou de commencer à travailler, le travailleur domestique privé doit se manifester personnellement à deux reprises: il doit tout d'abord déposer personnellement une demande de visa auprès de la représentation suisse compétente. Une fois arrivé en Suisse, il doit aller chercher personnellement sa carte de légitimation auprès du protocole ou de la mission suisse.

Enfin, en matière de placement et de location de services par exemple, la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services⁵³ demande l'existence d'un contrat de travail écrit et le respect des dispositions des conventions collectives de travail étendues. Pour le surplus, nous renvoyons à nos commentaires relatifs aux *art. 8 et 15* de la convention, dont il ressort que la forme écrite du contrat de travail est requise.

La législation suisse couvre une grande partie des éléments figurant à l'*art. 7* de la convention. De plus, la pratique suisse complète l'arsenal des mesures législatives en proposant des contrats-types. Compte tenu de la formulation flexible de cette disposition, le droit positif suisse est compatible avec l'*art. 7* de la convention.

Art. 8

Aux termes de l'*art. 8, par. 1*, la législation nationale doit prévoir que les travailleurs domestiques migrants qui sont recrutés dans un pays pour effectuer un travail domestique dans un autre pays doivent recevoir par écrit une offre d'emploi ou un contrat de travail exécutoire dans le pays où le travail sera effectué, énonçant les conditions d'emploi visées à l'*art. 7*, avant le passage des frontières nationales aux fins d'effectuer le travail domestique auquel s'applique l'offre ou le contrat.

En Suisse, les conditions d'entrée sur le territoire sont régies par la LEtr. Selon l'*art. 5, al. 1, let. a, LEtr*, tout étranger doit avoir une pièce de légitimation reconnue ou un visa. En cas d'activité lucrative, ce qui est le cas pour les travailleurs domestiques migrants, la personne doit être titulaire d'une autorisation et cette demande d'autorisation doit être déposée par l'employeur (*art. 11 et 18, let. b, LEtr*). Pour obtenir une autorisation, l'employeur doit notamment présenter un contrat de travail écrit. Cette procédure est la même pour toutes les branches. Le futur employeur dépose auprès de l'autorité cantonale compétente une demande de permis de travail. Si le canton estime que les conditions d'octroi sont remplies, il transmet alors la demande à l'ODM dans le cadre de la procédure d'avis conforme. L'autorisation ne peut être délivrée sans un contrat de travail respectant les conditions de travail et de salaire usuelles dans la localité, la profession et la branche.

Des exceptions prévues à l'*art. 23, al. 3, LEtr* peuvent être admises en faveur du personnel de maison dans certains cas, si certaines conditions sont remplies. Selon la directive de l'ODM sur le séjour avec activité lucrative⁵⁴ (chap. 4.7.15.2, p. 90), le personnel de maison qui effectue les tâches domestiques ou qui a la garde des enfants est considéré comme «qualifié» s'il a déjà été employé, sur la base d'un contrat de travail ordinaire de deux ans au moins, dans la famille requérante qui compte séjourner en Suisse à titre temporaire ou définitif. S'il s'agit d'un nouvel engagement, le travailleur doit apporter la preuve qu'il possède une expérience spécifique de cinq ans au moins (ménage et garde d'enfants) et qu'il est au bénéfice d'une autorisation de séjour et de travail depuis cinq ans au moins dans l'un des Etats membres de l'UE/AELE. Dans le calcul de ce délai, seule la période pendant laquelle le travailleur a été régulièrement admis sur le marché du travail d'un Etat membre de l'UE ou de l'AELE conformément au droit des étrangers de l'Etat concerné peut être prise en considération. Par voie de conséquence, les périodes pendant

⁵³ RS 823.11

⁵⁴ www.bfm.admin.ch > Documentation > Bases légales > Directives et circulaires > Domaine des étrangers > 4. Séjour avec activité lucrative

lesquelles le travailleur étranger a été admis à séjourner dans un Etat membre de l'UE ou de l'AELE en vertu des dispositions du droit d'asile de cet Etat ou de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques⁵⁵ ne peuvent pas être prises en compte. La famille requérante doit en outre prouver qu'elle a déployé les efforts de recrutement requis en Suisse et dans les pays membres de l'UE/AELE. Il s'agit en général de familles de cadres qui ont été transférés en Suisse pour une période transitoire. Dans tous les cas, le travailleur doit posséder un contrat-type de travail de l'organisation professionnelle locale (cantonale), ou un contrat de travail dont les termes sont conformes aux conditions de rémunération et de travail usuelles dans la branche et la région.

L'ODPr réglemente de façon détaillée l'entrée sur le territoire suisse. En plus des autres documents nécessaires, le DFAE doit tout particulièrement recevoir un contrat de travail écrit (art. 9 ss. et 17 ss. ODPr).

Le *par. 2* dispose que le paragraphe précédent ne s'applique pas aux travailleurs qui jouissent de la liberté de circulation aux fins d'occuper un emploi en vertu d'accords bilatéraux, régionaux ou multilatéraux ou dans le cadre de zones d'intégration économique régionales.

L'Accord sur la libre circulation des personnes passé entre la Suisse et l'Union européenne⁵⁶ est entré en vigueur le 1^{er} juin 2002. Les ressortissants de la Suisse et des Etats membres de l'UE ont le droit de choisir librement leur lieu de travail et de résidence sur le territoire des parties contractantes. Pour cela, ils doivent être en possession d'un contrat de travail valide ou d'une simple confirmation d'embauche. L'accord de libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE prévoit également un système de coordination des régimes nationaux de sécurité sociale.

Selon le *par. 3*, les Membres doivent prendre des mesures pour coopérer entre eux afin d'assurer l'application effective des dispositions de la présente convention aux travailleurs domestiques migrants.

Le Conseil fédéral encourage les partenariats avec d'autres Etats dans le domaine des migrations. Il peut notamment conclure des accords avec des Etats sur le recrutement de travailleurs étrangers (art. 100, al. 2, let. f, LEtr.). Dans le domaine des travailleurs domestiques, il n'existe actuellement aucune mesure de coopération spécifique, mais de telles mesures pourraient être envisagées, autant que nécessaire, pour mettre en œuvre la convention.

Le *par. 4* dispose que la législation ou d'autres mesures doivent déterminer les conditions en vertu desquelles les travailleurs domestiques migrants ont droit au rapatriement après expiration ou résiliation du contrat de travail par lequel ils ont été recrutés.

La Confédération prévoit des programmes d'aide au retour pour une certaine catégorie d'étrangers. Sont notamment visées les personnes à protéger car particulièrement menacées d'être exploitées dans l'exercice de leur activité lucrative, ou celles qui pourraient être victimes de traite d'êtres humains (art. 30, al. 1, let. d et e, LEtr.)⁵⁷. A part le cas de traite d'êtres humains - risque majeur auquel les travailleurs domestiques peuvent être exposés - il n'existe à proprement parler aucun droit général au rapatriement pour les travailleurs domestiques migrants à l'issue de leur engage-

⁵⁵ RS 0.191.01

⁵⁶ RS 0.142.112.681

⁵⁷ L'art. 30, al. 1, let. d, LEtr se réfère particulièrement aux danseuses de cabaret.

ment. Il faut toutefois mentionner la situation particulière des domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités. L'ODPr impose à l'employeur de prendre en charge les frais de retour du domestique privé au terme des rapports de travail s'il n'a pas trouvé de nouvel emploi en tant que travailleur domestique privé au sens de l'ODPr (art. 44, al. 2, let. f, ODPr).

Vu les explications qui précèdent, l'*art. 8* de la convention peut être accepté.

Art. 9

L'*art. 9, let. a et b*, prévoit que des mesures doivent être prises pour assurer que les travailleurs domestiques sont libres de parvenir à un accord avec leur employeur ou leur employeur potentiel sur le fait de loger ou non au sein du ménage; de plus, lorsque les travailleurs domestiques sont logés au sein du ménage, ils ne doivent pas être obligés de rester au sein du ménage ou avec les membres du ménage pendant les périodes de repos journalier ou hebdomadaire ou de congés annuels.

La question de la communauté domestique a déjà été abordée, notamment en relation avec l'*art. 6* de la convention. En Suisse, il appartient aux parties au contrat de s'entendre ou non sur la volonté de créer une communauté domestique au sens de l'*art. 328a* CO. Le travailleur domestique ne peut se voir imposer le logement dans le ménage de l'employeur. Une clause qui le prévoit dans le contrat requiert en effet son accord. Dans la pratique, il arrive souvent que les employés domestiques, tout particulièrement ceux employés dans les ménages de personnes âgées, doivent être présents pour le reste de la journée et durant la nuit. Il n'y a aucune disposition dans la législation suisse qui interdirait de conclure un accord de ce type. Les dispositions concernant le devoir de protection de l'employeur (art. 328 CO) et les conditions générales du CC relatives à la protection de la personnalité contre des engagements excessifs (art. 27 CC) posent cependant des limites en la matière. De plus, le temps pendant lequel le travailleur domestique est à disposition pour effectuer des interventions à la demande est du temps de travail rémunéré et non du temps libre.

En ce qui concerne les périodes de repos et les congés, le CO prévoit que l'employeur doit octroyer au travailleur un jour de congé par semaine, en général le dimanche, ainsi que les heures et jours de congé usuels; les parties tiennent équitablement compte des intérêts de l'employeur et du travailleur pour fixer les heures et jours de congé (art. 329, al. 1, 3 et 4, CO). Il n'est pas possible de s'écarter de cette disposition au détriment du travailleur par une convention ou un contrat-type de travail. La période de repos est un temps pendant lequel aucune obligation de travailler ne doit être prévue. L'employeur ne peut donc pas imposer au domestique de rester au sein du ménage. De même, le travailleur est libéré de son obligation de travailler pendant un congé usuel. En dehors de ces congés, une disponibilité permanente est en soi admise en dehors du champ d'application de la LTr. Il y aura engagement excessif au sens de l'*art. 27* CC et atteinte à la personnalité si le travailleur domestique est incessamment sollicité sans pouvoir véritablement se reposer.

Pour les travailleurs domestiques venant d'Etats tiers, il est prévu, selon la Directive de l'ODM mentionnée dans le commentaire consacré à l'*art. 8*, que le personnel de maison doit vivre en communauté domestique avec l'employeur. A l'origine, cette disposition avait été édictée pour protéger les travailleurs domestiques. Pour accepter la *let. b* de l'*art. 9* de la convention, il sera donc nécessaire de modifier la Directive de l'ODM sur le séjour avec activité lucrative afin de permettre le libre choix du

logement et d'examiner si des dispositions supplémentaires similaires à celles de l'ODPr pourraient être mises en place.

L'ODPr contient des dispositions précises destinées à préserver les droits que l'*art. 9* de la convention confère aux domestiques privés de personnes jouissant de privilèges, d'immunités et de facilités. En particulier, l'*art. 29*, al. 4, ODPr prévoit la liberté de mouvement en dehors des heures de travail et l'*art. 30*, al. 5, ODPr, le libre choix du logement.

Enfin, la *let. c de l'art. 9* demande que les mesures à prendre assurent que les travailleurs domestiques ont le droit de garder en leur possession leurs documents de voyage et leurs pièces d'identité.

La LEtr ne prévoit à cet égard aucune réglementation concrète. Etant donné que les étrangers ont besoin de papiers d'identité valables pour entrer en Suisse et s'annoncer et que les autorités leur remettent un titre de séjour personnel, nous pouvons partir du principe qu'ils gèrent ces documents eux-mêmes et les portent sur eux. De plus, l'ODPr prévoit expressément que le domestique privé doit avoir la libre disposition de ses documents personnels (art. 29, al. 5, ODPr).

Compte tenu des explications qui précèdent et notamment de la volonté politique de modifier la Directive de l'ODM sur le séjour avec activité lucrative afin de trouver une solution à la question du libre choix du logement, l'*art. 9* de la convention peut être accepté.

Art. 10

Aux termes de l'*art. 10*, *par. 1*, l'Etat qui ratifie la convention doit prendre des mesures en vue d'assurer l'égalité de traitement entre les travailleurs domestiques et l'ensemble des travailleurs en ce qui concerne la durée normale de travail, la compensation des heures supplémentaires, les périodes de repos journalier et hebdomadaire et les congés annuels payés, conformément à la législation nationale ou aux conventions collectives, compte tenu des caractéristiques particulières du travail domestique.

Pour déterminer dans quelle mesure la Suisse garantit l'égalité de traitement entre les travailleurs domestiques et les autres travailleurs, il faut partir du constat que les règles générales du CO s'appliquent à l'ensemble des travailleurs en Suisse.

En ce qui concerne la durée du travail, elle est déterminée par les parties au contrat individuel de travail ou à une convention collective de travail. La durée moyenne du travail en Suisse comporte 41,7 heures hebdomadaires, selon les dernières données statistiques. Selon une étude du prof. Flückiger de l'Observatoire universitaire de l'emploi⁵⁸, il est démontré qu'en général les travailleurs domestiques ne travaillent pas selon des horaires plus longs ou plus courts que le reste de la population active. Cette étude se base sur l'Enquête suisse sur la population active, 2006. Pour le surplus, les cantons sont tenus, au titre de l'*art. 359*, al. 2, CO, d'édicter des CTT pour les travailleurs agricoles et le service de maison; ces CTT règlent notamment la durée du travail et du repos et les conditions de travail des travailleuses et des jeunes travailleurs. Il y a ainsi lieu d'observer les dispositions des CTT cantonaux aux-

⁵⁸ Kristen Sobeck/Roman Graf/Jean-Marc Falter (Flückiger/Ferro-Luzzi, dir.), Le travail domestique en Suisse, disponible à l'adresse suivante: www.unige.ch/oue

quelles il ne peut être dérogé au détriment des travailleurs que par une convention écrite.

La question des heures supplémentaires et de leur compensation est régie par l'art. 321c CO qui dispose, en son al. 1, que si les circonstances exigent des heures de travail plus nombreuses que ne le prévoit le contrat ou l'usage, un contrat-type de travail ou une convention collective, le travailleur est tenu d'exécuter ce travail supplémentaire dans la mesure où il peut s'en charger et où les règles de la bonne foi permettent de le lui demander. L'al. 2 de cet article prévoit que l'employeur peut, avec l'accord du travailleur, compenser les heures de travail supplémentaires par un congé d'une durée au moins égale, qui doit être accordé au cours d'une période appropriée. Enfin, selon l'al. 3, l'employeur est tenu de rétribuer les heures de travail supplémentaires qui ne sont pas compensées par un congé en versant le salaire normal majoré d'un quart au moins, sauf clause contraire d'un accord écrit, d'un contrat-type de travail ou d'une convention collective. Il faut relever que les CTT cantonaux règlent aussi cette question.

En matière de périodes de repos journalier et hebdomadaire ainsi que de congés annuels payés, les art. 329 ss. CO qui régissent le congé hebdomadaire et les vacances s'appliquent aux travailleurs domestiques comme aux autres travailleurs. Le CO prévoit que l'employeur doit octroyer au travailleur les heures et jours de congé usuels. Il est exclu de s'écarter de ces dispositions au détriment du travailleur par une convention ou un contrat-type de travail. La durée légale minimale des vacances prévue par le CO est de 5 semaines pour les travailleurs de moins de 20 ans révolus, et de quatre semaines par année civile pour tous les autres travailleurs (art. 329a CO). Les parties ne peuvent convenir que d'une durée de vacances plus longue.

Le *par. 2* dispose que le repos hebdomadaire doit être d'au moins 24 heures consécutives.

Le CO prévoit que l'employeur accorde au travailleur un jour de congé par semaine (art. 329 CO). Il peut y avoir des exceptions si des conditions particulières le justifient et si le travailleur y consent (art. 329, al. 2, CO). Les dispositions de l'ODPr reprennent les règles générales du CO (art. 46 ss. ODPr).

Le *par. 3* prescrit que les périodes pendant lesquelles les travailleurs domestiques ne peuvent disposer librement de leur temps et restent à la disposition du ménage pour le cas où celui-ci ferait appel à eux doivent être considérées comme du temps de travail dans la mesure déterminée par la législation nationale, par les conventions collectives ou par tout autre moyen compatible avec la pratique nationale.

La durée du travail n'étant pas fixée dans la loi en Suisse, il se peut qu'aucune durée de travail ne soit convenue alors que la personne travaille sur appel. Cette forme de travail sur appel est en principe interdite en Suisse, puisque le travailleur qui se tient à la disposition de l'employeur à l'intérieur de l'entreprise doit être payé au plein salaire, et qu'il doit être rémunéré par une indemnité convenue ou équitable lorsqu'il se tient à la disposition de l'employeur à l'extérieur de l'entreprise (et qu'il peut donc disposer lui-même de son temps dans une certaine mesure). Des variations de salaire qui iraient jusqu'à priver le travailleur de tout salaire sont dans tous les cas interdites.⁵⁹

Le droit suisse est conforme aux exigences de l'*art. 10* de la convention.

⁵⁹ ATF 124 III 249, 125 III 65

Art. 11

L'*art. 11* demande que des mesures soient prises pour assurer que les travailleurs domestiques bénéficient du régime de salaire minimum, là où un tel régime existe, et que la rémunération soit fixée sans discrimination fondée sur le sexe.

Dans la présentation introductive, il a été relevé qu'un salaire minimum impératif est garanti aux travailleurs domestiques. Les parties au contrat de travail peuvent convenir librement le montant du salaire, tout en respectant le salaire minimum impératif.

Pour les rapports d'embauche dans des ménages privés, les parties au contrat de travail conviennent habituellement d'un salaire mensuel ou d'un salaire horaire. Toutefois, il leur est aussi possible de convenir d'autres formes de salaire (par ex. un salaire hebdomadaire), pour autant que celles-ci soient en accord avec les salaires minimaux impératifs. Avec le salaire mensuel, le travailleur reçoit chaque mois le même salaire, indépendamment du nombre de jours ouvrables du mois civil concerné. Avec le salaire horaire, le montant du salaire se base sur le temps de travail effectif. Les salaires horaires sont très répandus dans les rapports de travail à temps partiel.

L'égalité des salaires entre femmes et hommes est inscrite à l'*art. 8*, al. 3, Cst. et à l'*art. 3*, al. 2, LEg. Les travailleurs domestiques bénéficient donc du droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale prévu à l'*art. 8*, al. 3, 3^e phrase, Cst. et l'*art. 3* LEg.

Les exceptions au salaire minimum imposé par le CTT économie domestique sont: le canton de Genève, qui a édicté ses propres salaires minimaux, qui vont de 18 fr. 60 à 24 fr. 45 (voir contrat-type genevois), et les travailleurs domestiques des diplomates soumis à l'ODPr, dont l'*art. 43* prévoit un salaire net mensuel minimum de 1 200 francs, l'employeur devant en outre prendre à sa charge l'ensemble des cotisations sociales employeur/employé, les primes d'assurance-maladie et d'assurance-accident, ainsi que le logement, la nourriture et divers autres frais.

Vu ce qui précède, l'*art. 11* de la convention peut être accepté.

Art. 12

L'*art. 12, par. 1*, dispose que les travailleurs domestiques doivent être payés directement en espèces, à intervalles réguliers et au moins une fois par mois. A moins que le mode de paiement ne soit prévu par la législation nationale ou les conventions collectives, le paiement peut se faire par transfert bancaire, par chèque bancaire ou postal, par ordre de paiement, ou par tout autre moyen légal de paiement monétaire, lorsque les travailleurs intéressés y consentent. De plus, le *par. 2* prévoit que la législation nationale, les conventions collectives ou les sentences arbitrales peuvent prévoir le paiement d'un pourcentage limité de la rémunération des travailleurs domestiques, sous la forme de paiements en nature qui ne soient pas moins favorables que ceux généralement applicables aux autres catégories de travailleurs, à condition que des mesures soient prises pour assurer que ces paiements en nature sont acceptés par le travailleur, visent son usage et son intérêt personnels, et que la valeur monétaire qui leur est attribuée est juste et raisonnable.

En Suisse, la question de la rémunération est régie tant par le CO que par les contrats-types cantonaux. Selon l'*art. 322* CO, l'employeur paie au travailleur le salaire convenu, usuel ou fixé par un contrat-type de travail ou par une convention collec-

tive. Si le travailleur vit dans le ménage de l'employeur, son entretien et son logement font partie du salaire, sauf accord ou usage contraire. En principe, les contrats-types cantonaux prévoient que le travailleur a droit à un salaire en espèces et, dans la mesure où le contrat le prévoit ou que cela découle des circonstances, à des prestations en nature. De plus, l'art. 323b, al. 1, CO prévoit que le salaire est payé en monnaie ayant cours légal. L'art. 2 de la loi sur l'unité monétaire et les moyens de paiement⁶⁰ définit la monnaie ayant cours légal en Suisse (pièces, billets de banque et avoir à vue auprès de la BNS). Les accords de nature différente sont néanmoins admis, de sorte que le paiement par virement bancaire est également possible.

Le CTT économie domestique règle la question du paiement en nature. L'art. 7 du CTT économie domestique prévoit que si un travailleur reçoit une partie de son salaire sous la forme d'un logement ou de nourriture, la valeur de ces prestations est déterminée par les montants fixés à l'art. 11 du règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants⁶¹. Selon ce règlement, la nourriture et le logement des personnes employées dans l'entreprise et du personnel de maison sont évalués à 33 francs par jour.

Sauf disposition contraire d'une CCT ou d'un CTT, le salaire doit être payé au moins chaque mois, plus précisément à la fin du mois. L'art. 323, al. 1, CO relatif aux délais et terme de paiement dispose que des délais plus courts ou d'autres termes de paiement peuvent être prévus par accord ou par l'usage.

L'ODPr prévoit expressément un salaire en espèces. L'art. 43 ODPr prévoit que le salaire doit être versé en espèces sur un compte bancaire ou postal en Suisse. Par ailleurs, il revient à l'employeur de payer un certain nombre de frais tels que les cotisations sociales (parts employeur et employé) et les primes des assurances maladie et accident. L'ODPr contient également des dispositions relatives au salaire en nature, comme par exemple les charges et les frais de logement (art. 44 ODPr).

Vu ce qui précède, l'art. 12 de la convention peut être accepté.

Art. 13

Selon l'art. 13, tout travailleur domestique a droit à un environnement de travail sûr et salubre. Ainsi, l'Etat qui ratifie la convention doit prendre, conformément à la législation et à la pratique nationales, des mesures effectives en tenant dûment compte des caractéristiques particulières du travail domestique, afin d'assurer la sécurité et la santé au travail des travailleurs domestiques. Cette disposition de la convention contient une clause de souplesse, en ce que ces mesures peuvent être appliquées progressivement en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives et, lorsqu'elles existent, avec les organisations représentatives de travailleurs domestiques et celles d'employeurs de travailleurs domestiques.

Les règles générales du CO s'appliquent. L'employeur qui engage un travailleur domestique est soumis aux obligations découlant de l'art. 328 CO: il doit protéger et respecter, dans les rapports de travail, la personnalité du travailleur et manifester les égards voulus pour sa santé et veiller au maintien de la moralité. Il prend, pour protéger la vie, la santé et l'intégrité personnelle du travailleur, les mesures recom-

⁶⁰ RS 941.1

⁶¹ RS 831.101

mandées par l'expérience, applicables en l'état de la technique, et adaptées aux conditions de l'exploitation ou du ménage, dans la mesure où les rapports de travail et la nature du travail permettent équitablement de l'exiger de lui. Pour le reste, il est admis que l'art. 328 CO a le même contenu que l'art. 6 de la loi sur le travail. L'art. 328a CO exige aussi que le logement soit convenable, ce qui signifie qu'il doit être salubre, assez grand, ne pas présenter de risque pour la santé du travailleur et lui permettre le respect de sa sphère privée (p. ex. fermeture à clé).

Lorsqu'un domestique privé de personnes jouissant de privilèges, d'immunités et de facilités réside dans la maison de son employeur, un contrôle des conditions sur place n'est pas compatible avec le principe d'inviolabilité des locaux. C'est l'art. 30 ODPr qui régit les exigences auxquelles doivent répondre les conditions de vie des domestiques privés vivant dans le ménage de leurs employeurs.

Au vu de la réglementation du CO, des prescriptions spécifiques de l'ODPr et de la possibilité d'appliquer progressivement les mesures prévues, l'art. 13 de la convention peut être accepté.

Art. 14

L'art. 14 prévoit que l'Etat qui ratifie la convention doit prendre des mesures appropriées, conformément à la législation nationale et en tenant dûment compte des caractéristiques spécifiques du travail domestique, pour assurer que les travailleurs domestiques jouissent, en matière de sécurité sociale, y compris en ce qui concerne la maternité, de conditions qui ne soient pas moins favorables que celles applicables à l'ensemble des travailleurs. Cette disposition de la convention contient également une clause de souplesse, en ce que ces mesures peuvent être appliquées progressivement en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives et, lorsqu'elles existent, avec les organisations représentatives de travailleurs domestiques et celles d'employeurs de travailleurs domestiques.

En Suisse, les travailleurs domestiques bénéficient de la même protection que les autres travailleurs salariés en matière de sécurité sociale: ils sont assurés aux mêmes conditions et ont droit aux mêmes prestations⁶². A noter que la Suisse a conclu des conventions internationales de sécurité sociale avec 45 Etats⁶³. Ces conventions prévoient notamment l'égalité de traitement entre les Suisses et les ressortissants de ces pays. Ce réseau de conventions couvre près de 90 % des étrangers vivant en Suisse.

⁶² En matière d'assurance-chômage par exemple, la LACI ne prévoit pas de disposition spécifique applicable uniquement aux travailleurs domestiques. Ces derniers jouissent des mêmes droits et obligations que les autres assurés. Par ailleurs, aux termes de l'art. 1a LAA (RS 832.20), en relation avec l'art. 13 OLAA (RS 832.202), tous les travailleurs occupés en Suisse, y compris les travailleurs à domicile, sont assurés à titre obligatoire contre les risques d'accidents et de maladies professionnels et, pour autant qu'ils soient employés au moins huit heures par semaine auprès d'un même employeur, contre les risques d'accidents non professionnels. En ce sens, l'égalité de traitement est réalisée puisque tous les travailleurs, y compris les travailleurs domestiques, sont assurés de façon identique.

⁶³ Il s'agit des 27 Etats membres de l'UE; des 3 Etats de l'EEE; de l'Australie, de la Bosnie et Herzégovine, du Canada, du Chili, de la Croatie, des USA, de l'Inde, d'Israël, du Japon, de la Macédoine, du Monténégro, des Philippines, de la République de Saint-Marin, de la Serbie et de la Turquie.

S'agissant de la législation sur le contrat de travail, elle règle de façon générale les situations dans lesquelles le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part. D'après l'art. 324a, al. 1, CO, le salaire doit être versé pour un temps limité, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois, si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes telles que maladie ou accident. Le salaire est dû pendant au moins trois semaines pendant la première année de service, puis pour une période plus longue, fixée en fonction de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières (art. 324a, al. 2, CO). Les tribunaux ont développé à ce propos des échelles définissant graduellement la durée du versement du salaire en fonction des années de service. L'art. 324a, al. 1 et 2, CO peut être remplacé par une solution équivalente par le biais d'une CCT, d'une convention écrite ou d'un CTT.

La plupart des CTT cantonaux prévoient des échelles relatives à la durée du versement du salaire et prescrivent en outre la conclusion d'une assurance indemnité journalière en cas de maladie qui doit s'appliquer après un délai de carence. Les CTT cantonaux doivent être conformes à l'art. 324a CO: disposition de droit relativement impératif qui prévoit à son al. 2 que la durée de l'indemnisation est fixée en équité. Ainsi, un tribunal aura toujours la faculté de s'écarter des échelles prescrites dans les CTT, en particulier si celles-ci sont moins généreuses que les échelles usuellement appliquées (échelles bernoise, zurichoise, bâloise).

L'accident et la grossesse figurent parmi les cas où les travailleurs peuvent être empêchés de travailler sans faute de leur part. C'est pourquoi on applique en principe dans ces cas les mêmes règles qu'en cas d'empêchement pour cause de maladie. Toutefois, l'empêchement de travailler pour cause d'accident se distingue de l'empêchement de travailler pour cause de maladie par le fait que les assurances obligatoires couvrent partiellement ces risques ou prévoient une protection additionnelle. La loi tient compte de ces circonstances par une réglementation particulière: d'après l'art. 324b CO, l'employeur ne doit pas le salaire si le travailleur est assuré obligatoirement, lorsque les prestations d'assurance dues pour le temps limité couvrent 80 % du salaire afférent à cette période. Si les prestations d'assurance sont inférieures, l'employeur doit payer la différence entre celles-ci et 80 % du salaire. Le cas échéant, il doit aussi verser 80 % du salaire pendant le délai de carence. Les parties au contrat peuvent en outre convenir que l'employeur compense la différence par rapport au plein salaire.

Si en Suisse, comme susmentionné, les travailleurs domestiques bénéficient de la même protection que les autres salariés en matière de sécurité sociale, il faut toutefois signaler le cas particulier des domestiques privés de nationalité étrangère au service de personnes jouissant de privilèges, d'immunités et de facilités. Ces personnes sont en principe assujetties aux assurances sociales suisses si elles résident en Suisse (art. 54 ss. ODPr), mais elles peuvent, conformément au droit international, être exemptées de cet assujettissement si elles apportent la preuve qu'elles sont assurées dans leur Etat d'origine ou dans l'Etat pour lequel leur employeur travaille. L'affiliation aux dispositions de sécurité sociale de l'autre Etat doit remplir les conditions suivantes: elle est effectuée auprès d'une institution officielle de sécurité sociale, elle couvre au moins les éventualités du décès, de la vieillesse et de l'invalidité et elle est obligatoire ou volontaire. Dans ce dernier cas toutefois, au moment du renouvellement de la carte de légitimation du domestique privé, il faut apporter la preuve que l'affiliation n'a pas été annulée après que l'exemption des assurances sociales suisses a été accordée. Si les domestiques privés au service de

personnes jouissant de privilèges, d'immunités et de facilités sont ressortissants d'un Etat avec lequel la Suisse a conclu une convention de sécurité sociale, les conditions applicables à leur exemption de l'assujettissement aux assurances sociales suisses sont celles qui figurent dans ladite convention.

Au vu de ce qui précède, l'*art. 14* de la convention peut être accepté.

Art. 15

Afin d'assurer que les travailleurs domestiques, y compris les travailleurs domestiques migrants, recrutés ou placés par des agences d'emploi privées sont effectivement protégés contre les pratiques abusives, l'Etat qui ratifie la convention doit, en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives et, lorsqu'elles existent, les organisations représentatives de travailleurs domestiques et celles d'employeurs de travailleurs domestiques:

- a) déterminer les conditions d'exercice de leurs activités par les agences d'emploi privées lorsqu'elles recrutent ou placent des travailleurs domestiques, conformément à la législation et à la pratique nationales;

La Suisse n'a pas ratifié la convention n° 181 de l'OIT sur les agences d'emploi privées, 1997⁶⁴, sur laquelle se base en partie l'*art. 15* de la convention n° 189.

Dans notre pays, les agences d'emploi privées peuvent soit placer les travailleurs soit louer leurs services. Les agences d'emploi privées sont soumises à autorisation, soit cantonale (autorisation de l'office cantonal du travail), soit fédérale lorsqu'il s'agit de placement de personnel de l'étranger ou à l'étranger. Cette autorisation pour le placement intéressant l'étranger est donnée par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), en sus de l'autorisation cantonale (art. 2 LSE).

Les autorités fédérales et cantonales dont relève le marché du travail collaborent dans le but d'équilibrer le marché du travail dans l'ensemble de la Suisse. Lors de l'exécution de mesures dans ce domaine, les offices du travail s'efforcent d'associer à l'exécution les associations d'employeurs et de travailleurs, ainsi que d'autres organisations s'occupant de placement (art. 33 LSE).

- b) assurer qu'il existe des mécanismes et des procédures appropriés aux fins d'instruire les plaintes et d'examiner les allégations d'abus et de pratiques frauduleuses, concernant les activités des agences d'emploi privées en rapport avec des travailleurs domestiques;
- c) prendre toutes les mesures nécessaires et appropriées, dans les limites de sa juridiction et, le cas échéant, en collaboration avec d'autres Membres, pour faire en sorte que les travailleurs domestiques recrutés ou placés sur son territoire par des agences d'emploi privées bénéficient d'une protection adéquate, et pour empêcher que des abus ne soient commis à leur encontre. Ces mesures doivent comprendre des lois ou règlements qui spécifient les obligations respectives de l'agence d'emploi privée et du ménage vis-à-vis du travailleur domestique et qui prévoient des sanctions, y compris l'interdiction des agences d'emploi privées qui se livrent à des abus et à des pratiques frauduleuses ;

Quant aux *let. b et c de l'art. 15* de la convention, la loi fédérale sur le service de l'emploi et la location de services (LSE) prévoit des sanctions pénales pour les agences d'emploi privées lorsqu'elles ont procuré du travail ou loué des services sans autorisation, ou placé des étrangers ou loué des services sans respecter la législation en matière de main-d'œuvre étrangère (art. 39 LSE). Des sanctions sont aussi prévues si l'agence d'emploi privée ne communique pas par écrit la teneur essentielle du contrat de travail ou ne le fait qu'incomplètement ou encore si elle a conclu un arrangement illicite. Une gamme de sanctions est encore prévue en ce qui concerne les commissions et la propagande fallacieuse.

Dans les cas de location de services, le bailleur de services doit présenter à l'organe paritaire compétent ou à la commission cantonale tripartite compétente tous les documents permettant de vérifier que les conditions de travail sont conformes à l'usage local (art. 17 LSE).

Nos dispositions nationales ne distinguent pas fondamentalement les travailleurs placés des autres travailleurs. Il n'y a donc pas de dispositions spécifiques garantissant la protection des personnes engagées par les agences d'emploi. En matière de conditions de travail, le placeur privé doit à la fois répondre aux exigences du CO et des lois spéciales, et respecter les conventions collectives de travail étendues (art. 20 LSE). Toutefois, pour répondre à un besoin de protection spécial du travailleur placé, l'art. 19 LSE exige en règle générale un contrat de travail écrit qui précise le genre de travail à fournir, le lieu de travail et le début de l'engagement, la durée de l'engagement ou le délai de congé, l'horaire de travail, les prestations dues en cas d'heures supplémentaires, de maladie, de maternité, d'accident, de service militaire et de vacances (al. 1 et 2). En cas de non-respect des exigences relatives à la forme ou au contenu, les conditions de travail selon les usages locaux et professionnels ou les dispositions légales sont applicables (al. 3).

- d) envisager de conclure, lorsque des travailleurs domestiques sont recrutés dans un pays pour travailler dans un autre, des accords bilatéraux, régionaux ou multilatéraux pour prévenir les abus et les pratiques frauduleuses en matière de recrutement, de placement et d'emploi;

La Suisse n'a conclu aucun accord de ce type et n'envisage pas de le faire.

- e) prendre des mesures visant à assurer que les honoraires facturés par les agences d'emploi privées ne soient pas déduits de la rémunération des travailleurs domestiques.

Dans notre pays, le placeur peut exiger du demandeur d'emploi qu'il verse une taxe d'inscription et une commission de placement ainsi qu'une indemnité pour des prestations de service faisant l'objet d'un arrangement spécial (art. 9, al. 1, LSE). La taxe d'inscription unique et indépendante du succès doit permettre de couvrir les frais d'enregistrement du demandeur d'emploi. La commission de placement n'est due qu'à partir du moment où le placement a abouti à la conclusion d'un contrat. En d'autres termes, il s'agit d'une rétribution en fonction du résultat pour des dépenses ordinaires et opportunes en vue d'un placement sérieux. Les commissions de placement et les taxes d'inscription sont fixées par le Conseil fédéral, ce qui évite les abus.

La taxe d'inscription a été introduite par le législateur afin d'éviter les abus éventuels de la part des demandeurs d'emploi qui pourraient s'inscrire auprès d'un placeur privé sans être véritablement intéressés par la recherche d'un emploi. En outre,

le fait que la commission dépend de la réussite du placement garantit des services de qualité de la part du placeur. Dans la pratique, cette commission est souvent prise en charge, pour tout ou partie, par l'employeur. Dans le cas où la commission est prise en charge par le travailleur, le montant est en général prélevé dans la limite des déductions possibles (environ 5 % du salaire mensuel) sur les douze premiers mois de salaire.

Ainsi, la législation et la pratique suisses correspondent aux exigences posées aux *let. a à d de l'art. 15* de la convention. En ce qui concerne l'*art. 15, let. e*, il est vrai que la LSE permet à l'employeur de déduire du salaire de l'employé les frais de placement et que ce type de pratique peut avoir cours. Dans la plupart des cas, l'employeur couvre cependant ces frais. Etant donné que le Conseil fédéral fixe et limite le montant maximum des frais d'inscription comme des frais de placement, que dans la pratique ces frais sont souvent pris en charge par l'employeur et que s'il les retient sur le salaire du travailleur, l'employeur le fait sur une période généralement très étendue, les risques d'abus sont plutôt faibles. L'objectif fixé dans le résumé de l'*art. 15*, soit la protection contre les pratiques abusives, est donc garanti.

En conséquence, l'*art. 15* de la convention peut être accepté.

Art. 16

Selon l'*art. 16*, des mesures doivent être prises pour assurer, conformément à la législation et à la pratique nationales, que tous les travailleurs domestiques, seuls ou par l'intermédiaire d'un représentant, aient un accès effectif aux tribunaux ou à d'autres mécanismes de règlement des différends, à des conditions qui ne soient pas moins favorables que celles qui sont prévues pour l'ensemble des travailleurs.

En Suisse, il n'existe pas à proprement parler de mécanisme de règlement des différends spécifique pour les travailleurs domestiques. Les travailleurs domestiques ont le même accès aux tribunaux que les autres travailleurs. L'accès au tribunal est garanti par la Constitution, dont l'*art. 29a* dispose que toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La procédure civile applicable aux litiges du travail prévoit une conciliation préalable obligatoire (*art. 197 à 198 CPC*) et la possibilité de recourir à la médiation (*art. 213 ss. CPC*).

En Suisse, diverses voies d'action devant les tribunaux existent en fonction du domaine du litige. S'il s'agit d'une violation du contrat de travail, la procédure civile s'applique. En principe, l'organisation des tribunaux et des autorités de conciliation relève des cantons. En droit du travail, le tribunal du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu où le travailleur exerce habituellement son activité professionnelle est compétent pour statuer sur les actions relevant du droit du travail (*art. 34 CPC*). Pour ce qui est des agences d'emploi relevées, c'est le tribunal du lieu de l'établissement commercial du bailleur de services ou de l'intermédiaire avec lequel le contrat a été conclu qui est compétent.

Lorsque l'employeur jouit de l'immunité de juridiction, il n'est possible d'ouvrir une procédure à son encontre que si l'Etat qui l'a détaché ou l'organisation internationale qui l'emploie (bénéficiaires institutionnels) lève son immunité. L'*art. 41 ODP* prévoit une procédure régissant le règlement des différends. Il est possible à cet effet de faire appel à n'importe quelle autorité de conciliation existante. Dans le canton de Genève, p. ex., le «Bureau de l'Amiable compositeur» est à disposition.

La protection offerte par le droit suisse permet d'accepter l'*art. 16* de la convention.

Art. 17

Selon l'*art. 17, par. 1*, l'Etat qui ratifie la convention est tenu de mettre en place des mécanismes de plainte et des moyens effectifs et accessibles afin d'assurer le respect de la législation nationale relative à la protection des travailleurs domestiques. Aux termes des *par. 2 et 3*, l'Etat qui ratifie la convention doit mettre en œuvre des mesures en matière d'inspection du travail, de mise en application et de sanctions, en tenant dûment compte des caractéristiques particulières du travail domestique, conformément à la législation nationale. Dans la mesure où cela est compatible avec la législation nationale, ces mesures doivent prévoir les conditions auxquelles l'accès au domicile du ménage peut être autorisé, en tenant dûment compte du respect de la vie privée.

Il est renvoyé aux commentaires relatifs à l'accès aux tribunaux sous *art. 16*.

En Suisse, l'accès au domicile par l'inspection du travail paraît difficilement possible puisque les ménages privés sont exclus du champ d'application de la LTr. De plus, il subsiste des doutes sur la possibilité et la légalité, au regard de notre législation nationale, quant à l'intervention d'un inspecteur du travail au sein d'un ménage privé. Selon l'*art. 7* de la loi sur le travail au noir⁶⁵, les personnes chargées des contrôles peuvent les effectuer dans tout lieu de travail, pendant les heures de travail des employés. Les organes de contrôle vérifient si le droit des assurances sociales, le droit des étrangers et le droit de l'impôt à la source sont respectés. Dans la pratique, ces contrôles sont principalement effectués par voie écrite. Le chiffre 21 de la recommandation n° 201 sur les travailleuses et travailleurs domestiques permet de mieux comprendre ce que signifient les termes «protection des travailleurs domestiques» du *par. 1 de l'art. 17*. Il s'agit de mesures telles que la mise en place d'un service national d'assistance téléphonique, d'un système de visites préalables au placement aux ménages, d'un réseau d'hébergement d'urgence, de mesures de sensibilisation des employeurs, de mécanismes de plainte ou encore d'un service public d'assistance pour informer les travailleurs domestiques, dans une langue qu'ils comprennent, de leurs droits, de la législation pertinente, des mécanismes de plainte et des recours disponibles. Lors d'une campagne nationale contre le travail au noir menée en 2008 et 2009, la Suisse a sensibilisé la population à la thématique de la protection des travailleurs domestiques. Le SECO et les cantons proposent divers outils et supports sur leurs sites internet permettant de sensibiliser les employeurs et les travailleurs domestiques. Ces moyens permettent également de réduire la charge administrative que supposent l'établissement et la réalisation d'un contrat de travail via une marche à suivre destinée aux futurs employeurs.

Au vu de la compatibilité avec la législation suisse et la pratique nationale, l'*art. 17* de la convention peut être accepté.

Art. 18

L'*art. 18* demande que l'Etat qui ratifie la convention la mette en œuvre en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives, tel que cela est prévu par la législation et par les conventions collectives ou par d'autres mesures supplémentaires conformes à la pratique nationale, en étendant ou en adaptant les mesures existantes aux travailleurs domestiques, ou en élaborant des mesures spécifiques à leur endroit, s'il y a lieu.

⁶⁵ RS 822.41

Les commentaires dont ont fait l'objet les différentes dispositions de la convention démontrent tous que la législation et la pratique suisses, via les CTT fédéral ou cantonaux en vigueur, permettent de mettre en œuvre la convention conformément à l'*art. 18* de la convention.

Art. 19

Selon l'*art. 19*, la convention n° 189 n'affecte pas les dispositions plus favorables applicables aux travailleurs domestiques en vertu d'autres conventions internationales du travail. Cette disposition n'appelle pas de commentaire particulier dans la mesure où nous avons relevé dans la partie introductive que la Suisse avait ratifié les principales normes pertinentes de l'OIT et d'autres organisations internationales.

2.3 Conclusions

Les commentaires dont ont fait l'objet les dispositions de la convention démontrent que la Suisse est en mesure de ratifier la convention n° 189. Tout d'abord, le droit positif suisse offre un niveau de protection élevé et efficace des travailleurs domestiques: la Suisse dispose, en comparaison internationale, d'un système de protection des travailleurs domestiques très élaboré leur garantissant des conditions de travail équivalentes aux autres travailleurs (CO, CTT économie domestique, CTT cantonaux, ODP). Notre système national établit un salaire minimum pour les travailleurs domestiques ainsi qu'une protection sociale équivalente à celle accordée aux autres travailleurs. De plus, la ratification de la convention n° 189 n'exige l'adoption ou la modification d'aucune loi ou ordonnance, mais elle nécessite une adaptation mineure d'une Directive de l'ODM sur le séjour avec activité lucrative (art. 9 de la convention). La convention autorise une certaine souplesse dans son application. Enfin, le Conseil fédéral fait sien l'objectif poursuivi par cette nouvelle norme, qui reconnaît que certaines catégories de travailleurs domestiques, comme les migrants, les jeunes et ceux qui résident au domicile de leur employeur, ont des besoins particuliers et sont exposés à des risques qui exigent des mesures spécifiques. C'est pourquoi la ratification de la convention répond également à une exigence de solidarité internationale.

3 Conséquences

La ratification de la convention n° 189 n'aura de répercussions ni sur le plan financier, ni sur le plan de l'état du personnel.

4 Relation avec le programme de la législation

Le projet n'est pas annoncé dans le message du 25 janvier 2012 sur le programme de la législation 2011 à 2015⁶⁶. Toutefois, pour les motifs présentés sous le ch. 2.2, la

⁶⁶ FF 2012 349

Suisse doit s'engager au niveau mondial de manière plus cohérente et plus solidaire sur le front des conditions d'emploi du personnel domestique.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et légalité

En vertu de l'art. 54, al. 1, de la Constitution (Cst.), les affaires extérieures relèvent de la Confédération. La compétence de l'Assemblée fédérale d'approuver des traités internationaux découle de l'art. 166, al. 2, Cst. Font exception les traités dont la conclusion relève de la compétence du Conseil fédéral en vertu de la loi ou d'un traité international. Dans le cas présent, le Conseil fédéral ne dispose pas de cette compétence.

5.2 Forme de l'acte à adopter

Selon l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 1 à 3, Cst., les traités internationaux sont sujets au référendum facultatif s'ils sont conclus pour une durée indéterminée et ne peuvent pas être dénoncés, s'ils prévoient l'adhésion à une organisation internationale ou s'ils contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en œuvre exige l'adoption d'une loi fédérale.

La convention n° 189 peut, comme l'ensemble des conventions de l'OIT, être dénoncée au plus tôt dix ans après ratification (art. 22). Elle ne prévoit pas l'adhésion à une organisation internationale. Si, en l'état actuel du droit, elle n'exige pas, pour sa mise en œuvre, l'adoption de nouvelles dispositions ou la modification de dispositions législatives existantes, elle contient toutefois des dispositions importantes fixant des règles de droit au sens de l'art. 164, al. 1, Cst. La convention n° 189 répond donc aux conditions prévues à l'art. 141, al. 1, let. d, ch. 3, Cst., d'où il découle qu'il y a lieu de soumettre l'arrêté fédéral d'approbation au référendum facultatif.

5.3 Consultations

Il a été renoncé à une consultation formelle des cantons dans la mesure où ceux-ci ont eux aussi reconnu que la ratification de la convention n° 189 n'entraînait aucune modification de loi ou d'ordonnance. Ainsi, selon la pratique constante de la Suisse en matière de ratification des conventions de l'OIT, la convention n° 189 peut être ratifiée, puisqu'il n'existe pas de divergence fondamentale entre la convention et l'ordre juridique suisse.

Le projet de message et de rapport sur la convention n° 189 et la recommandation n° 201 a fait l'objet d'une consultation technique des autorités cantonales. Les cantons ont répondu à une série de questions en lien avec la compatibilité de certaines dispositions de la convention et les CTT cantonaux établis selon l'art. 359, al. 2, CO. Les 21 cantons qui se sont exprimés dans le cadre de la consultation technique soutiennent tous la ratification de la convention. La grande majorité des cantons estime que la ratification de la convention peut se faire sans qu'il soit nécessaire de modifier les CTT cantonaux. Les quelques cantons qui ont identifié un potentiel d'action sont prêts à envisager les changements nécessaires dans leur CTT cantonal. Tous les cantons reconnaissent que les règles de droit positif en vigueur en Suisse sont conformes aux exigences de la convention. Quelques cantons relèvent toutefois l'insuffisance de contrôle et de sanctions pour assurer une meilleure protection des

travailleurs dans la pratique. Dans ce contexte, ils proposent d'envisager, dans la mise en œuvre de la convention, la mise en place de contrôles supplémentaires qui devraient idéalement être décidés de manière uniforme au niveau fédéral. Enfin, la consultation technique des cantons démontre une réelle volonté de continuer à assurer une protection élevée et efficace des travailleurs domestiques.

Les présents message et rapports ont été soumis à la Commission fédérale tripartite pour les affaires de l'OIT, commission extraparlamentaire consultative qui regroupe les représentants de l'administration fédérale et des partenaires sociaux suisses. La Commission en a pris acte. Les membres travailleurs de la Commission soutiennent pleinement la ratification de la convention n° 189. Pour eux, la convention établit les bases pour l'amélioration des conditions de travail des travailleurs domestiques à travers le monde. La Suisse a fait des progrès importants sur la voie de la ratification, en adoptant notamment le contrat-type de travail pour les travailleurs de l'économie domestique ainsi que l'ordonnance sur les conditions d'entrée, de séjour et de travail des domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités. Les membres employeurs sont opposés à la ratification de la convention n° 189, vu le caractère très détaillé des dispositions de la convention et l'incertitude quant à l'évaluation de son application par les organes de contrôle de l'OIT. Les employeurs sont d'avis que la Suisse ne devrait pas jouer un rôle pionnier en ratifiant cette convention.

Rapports

1 La recommandation n° 201

La recommandation n° 201 concernant le travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques (voir annexe 2) a été adoptée par la Conférence internationale du Travail avec le soutien de la Suisse, en même temps que la convention n° 189.

Cette recommandation est un instrument non contraignant qui n'est pas soumis à ratification, mais qui sert à guider l'action politique et à expliciter le texte de la convention n° 189. Ainsi contient-elle des orientations concrètes pour la conception et la mise en œuvre de mesures efficaces visant à promouvoir le travail décent pour les travailleurs domestiques.

Le texte de la recommandation est soumis à l'Assemblée fédérale pour information.

2 La recommandation n° 202

La recommandation n° 202 sur les socles de protection sociale (voir annexe 3) a été adoptée le 14 juin 2012 par la Conférence internationale du Travail avec le soutien de la Suisse. La recommandation est un instrument non contraignant qui n'est pas soumis à ratification, mais qui sert à orienter l'action politique.

La recommandation n° 202 est un élément essentiel de l'action menée par l'OIT en faveur de l'extension de la couverture de sécurité sociale dans le monde. Elle vient compléter les normes existantes de l'OIT relatives à la sécurité sociale.

La recommandation sur les socles de protection sociale fournit aux Etats membres de l'OIT des orientations pour établir ou maintenir, selon le cas, des socles de protection sociale en tant qu'élément fondamental de leurs systèmes nationaux de sécurité sociale et pour mettre en œuvre les socles de protection sociale dans le cadre de stratégies d'extension de la sécurité sociale qui assurent progressivement des niveaux plus élevés de sécurité sociale au plus grand nombre de personnes possible.

Elle comprend quatre parties.

La première partie définit les objectifs de la recommandation, son champ d'application et les principes que les Etats devraient appliquer pour lui donner effet. Parmi les principes énoncés, il faut mentionner un élément clé de la recommandation qui est la prise en considération de la diversité des méthodes et approches, y compris des mécanismes de financement et des systèmes de fourniture des prestations. Au-

trement dit, les Etats bénéficient d'une grande marge de manœuvre quant aux moyens de mettre en œuvre la recommandation.

La deuxième partie porte sur les socles de protection sociale, ceux-ci consistant en un ensemble de garanties élémentaires de sécurité sociale définies à l'échelle nationale qui devraient assurer à toute personne dans le besoin l'accès à des soins de santé essentiels et une sécurité élémentaire de revenu durant l'enfance, la vie active et la vieillesse. Là aussi, les pays peuvent envisager différentes approches et combiner divers régimes (régimes universels, d'assurance sociale, d'assistance sociale, d'impôt négatif sur le revenu, etc.), compte tenu de leur contexte national.

La troisième partie est consacrée aux stratégies nationales d'extension de la sécurité sociale qui doivent viser à édifier ou maintenir des systèmes de sécurité sociale complets et adéquats, qui reflètent les objectifs, les priorités et les capacités économiques et budgétaires au plan national.

Enfin, la quatrième partie recommande aux Etats d'effectuer un suivi des progrès réalisés dans la mise en œuvre des socles de protection sociale et des stratégies nationales d'extension de la sécurité sociale. Dans ce cadre, les pays sont encouragés à échanger des informations et des expériences entre eux et avec le Bureau international du Travail.

La Suisse dispose d'un système efficace et solide de protection sociale qui repose essentiellement sur les assurances sociales, réglementées au niveau fédéral, et, de manière subsidiaire, sur l'aide sociale, laquelle est de compétence cantonale. Ce système complet permet de couvrir toute personne contre les aléas de la vie et garantit ainsi une protection contre la pauvreté. Il s'inscrit dans les grandes lignes des objectifs visés par la recommandation n° 202. Dès lors, aucune action spécifique ne doit être mise en œuvre en application de la recommandation dans notre pays. Le texte de la recommandation est soumis à l'Assemblée fédérale pour information.

